

VERWALTUNGSGERICHT OLDENBURG



Az.: 4 B 471/11

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

der Stadt Norden, vertreten durch die Bürgermeisterin,
Am Markt 15, 26506 Norden,

Eingegangen
3. JUNI 2011
Schulz-Koffka Deter
Rechtsanwälte und Notare

Antragstellerin,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Schulz-Koffka und andere,
Leisewitzstraße 47, 30175 Hannover, - 101/11 -

gegen

den Landkreis Aurich, vertreten durch den Landrat,
Fischteichweg 7-13, 26603 Aurich, - IV-60-30-339/2011 -

Antragsgegner,

beigeladen:

Herr Dirk Ackermann,
Wester-Wischer 60, 26506 Norden,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Berghaus und andere,
Julianenburger Straße 31, 26603 Aurich, - 00671/07BII/Cr -

Streitgegenstand: Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens

hat das Verwaltungsgericht Oldenburg - 4. Kammer - am 26. Mai 2011 beschlossen:

- Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 24. Februar 2011 gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 26. Januar 2011 betreffend die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens in Bezug auf die Genehmigung und den Betrieb von insgesamt drei Windenergieanlagen wird wiederhergestellt.

Der Antragsgegner und der Beigeladene tragen die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu je 1/2; im Übrigen tragen die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

- Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 15.000,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch den Antragsgegner.

Mit Anträgen vom 9. November 2006 beantragte der Beigeladene die Erteilung von Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb von insgesamt drei Windenergieanlagen des Typs Enercon E-70E4 mit einer Nabenhöhe von 64 m und einer Nennleistung von jeweils 2 MW. Die genannten Anlagen sollen auf dem Flurstück 60 der Flur 12 und auf den Flurstücken 32/2 und 34/4 der Flur 8 in der Gemarkung Ostermarsch errichtet werden.

Der Antragsgegner lehnte die Erteilung der beantragten Genehmigungen mit zwei Bescheiden vom 22. August 2007 unter Anderem unter Hinweis auf das verweigerte Einvernehmen der Antragstellerin ab. In den seitens des Beigeladenen angestrebten Widerspruchsverfahren stellte dieser maßgeblich darauf ab, dass hier jeweils Ausnahmesituationen i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorlägen.

Nach Anhörung ersetzte der Antragsgegner mit zwei Bescheiden vom 26. Januar 2011 das verweigerte gemeindliche Einvernehmen der Antragstellerin und ordnete die sofortige

Anlage

Vollziehbarkeit der Ersetzungsverfügungen an. Zur Begründung seiner Ersetzungsentcheidungen führte der Antragsgegner u.a. an: Die planungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Anlagen richte sich nach § 35 BauGB. Über die Zulässigkeit der Vorhaben sei daher im Einvernehmen mit der Gemeinde zu entscheiden. Das Einvernehmen dürfe gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB nur aus den sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen versagt werden. Versage die Gemeinde rechtswidrig das für die Erteilung einer Genehmigung nach dem BImSchG erforderliche Einvernehmen, so könne gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB die nach Landesrecht zuständige Behörde ein solches rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzen. Die Antragstellerin habe das gemeindliche Einvernehmen rechtswidrig versagt. Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stünden der Errichtung von Windenergieanlagen öffentliche Belange in der Regel dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt sei. Allerdings normiere die genannte Regel kein absolutes Zulassungshindernis, die Ausschlusswirkung trete lediglich „in der Regel“ ein. Vorliegend kämen Umstände in Betracht, die bei der Festlegung der Konzentrationszone gerade nicht berücksichtigt worden seien oder Umstände, die zwar bei der Prüfung der ungeeigneten Bereiche berücksichtigt worden seien, im Einzelfall wegen der notwendigerweise nur groben Betrachtung aber tatsächlich nicht greifen würden. Konzeptioneller Grund für den Ausschluss der Fläche, auf der sich die Anlagenstandorte befinden, sei im Rahmen der 25. Änderung des Flächennutzungsplanes die Einhaltung eines 200-m-Schutzabstandes um die Kompensationsfläche „Timpenburg“ gewesen. Dieser Schutzabstand sei - nach Angaben der Antragstellerin - unter Rückgriff auf den Abstandserlass des Nds. Innenministeriums vom 11. Juli 1996 aufgenommen worden. Bei der dortigen Auflistung handele es sich zwar um Empfehlungen und Restriktionen, unter denen die Kompensationsflächen nicht aufgeführt seien, die aber aus Sicht der Antragstellerin nur dort Berücksichtigung hätte finden können: Die Antragstellerin habe das Ausschlusskriterium – Betrachtung aller Kompensationsflächen plus eines 200-m-Schutzabstandes als Tabuzonen – jedoch selbst nicht konsequent angewandt. Beispielsweise sei in der Gemarkung Ostermarsch das Flurstück 25/1 der Flur 12 eine Kompensationsfläche. Dennoch liege es innerhalb der durch die 25. Flächennutzungsplanänderung ausgewiesenen Sonderbaufläche. Die Antragstellerin nehme zudem in der Begründung zum Bebauungsplan Nr. 109 V auf die Abwägung zur 25. Flächennutzungsplanänderung Bezug und weise auf die im Abstandserlass aufgeführte 200-m-Schutzzone für die dort aufgezählten Bereiche hin. Den 200-m-Schutzabstand zu Kompensationsflächen berücksichtige die Antragstellerin aber nicht mehr, sondern lediglich noch die reinen Kompensationsflächen. Mit Aufstellung des Bebauungsplanes Nr. 116 und der 35. Flächennutzungsplanänderung (nach Antragsschrift der Antragstellerin vom

24. Februar 2011 handelt es sich hierbei um die 38. Änderung des Flächennutzungsplanes) sei westlich des Marschweges direkt an die Sonderbaufläche Windenergie eine weitere Kompensationsfläche ohne Einhaltung des Schutzabstandes ausgewiesen worden. Auch in der 41. Änderung des Flächennutzungsplanes sei in einem Teilbereich auf den Schutzabstand verzichtet worden. Schließlich habe die Antragstellerin im Verfahren zur 6. Änderung des Flächennutzungsplanes der Samtgemeinde Hage (Amtsblatt des Landkreises Aurich Nr. 44 vom 18. Dezember 1998), die sich mit der Ausweisung von Sonderbauflächen für Windenergieanlagen befasse, im Rahmen der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange keine Stellungnahme abgegeben, obwohl die Sonderbaufläche direkt an die Kompensationsfläche „Timpenburg“ anschließe. Eine Beeinträchtigung habe die Antragstellerin demnach nicht befürchtet. Dies zeige, dass sich die Antragstellerin zu ihren eigenen Erwägungen in Widerspruch gesetzt habe. Nach den aufgezeigten Abweichungen gehe die Annahme der Antragstellerin, dass das gesamtträumliche Planungskonzept – die Betrachtung aller Kompensationsflächen als Tabuzone plus eines 200-m-Schutzabstandes – durch die Verwirklichung der streitgegenständlichen Vorhaben in Frage gestellt werde, fehl. Der beschriebene Verzicht auf einen Schutzbereich um die Kompensationsflächen durch die Antragstellerin lasse darauf schließen, dass durch die Umsetzung der beantragten Vorhaben auch das Erreichen der Kompensationsziele nicht beeinträchtigt werde. Ein öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB stehe somit nicht entgegen. Das Vorkommen von wiesenbrütenden Vogelarten und Gast- und Rastvögeln auf der Kompensationsfläche „Timpenburg“ sei im Jahre 2008 im „Avifaunistischen Fachbeitrag zu Windparkplanungen in der Ostermarsch“ (Brut- und Rastvogel-daten) im Gutachten von Dr. Schreiber dokumentiert. Auch zu diesem Zeitpunkt hätten sich die Flächen bereits inmitten eines großen Windparks befunden. Die Flächen seien kreisförmig von Windenergieanlagen umgeben. Brut- und Rastvögel hätten demnach bereits zu diesem Zeitpunkt in den Windpark einfliegen müssen, um die Kompensationsflächen erreichen zu können. Dies werde durch die Errichtung und den Betrieb der zusätzlich geplanten Anlagen „nicht wesentlich erschwert“. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts könne die Interessenbewertung zur Annahme einer Regel-Ausnahme zum Vorteil des Antragstellers ausschlagen, wenn in der Nähe des vorgesehenen Standortes bereits eine zulässigerweise errichtete Windenergieanlage vorhanden sei. Die von den Konzentrationszonen im Bereich der Antragstellerin und der Samtgemeinde Hage gebildete „Enklave“, in der die Anlagenstandorte lägen, könne somit als weiteres Argument für das Vorliegen eines atypischen Falles herangezogen werden. Denn die geplanten Standorte seien in nördlicher, südlicher und östlicher Richtung von Windenergieanlagen umgeben. Der Landschaftsraum sei demnach durch die im Umfeld

errichteten Windenergieanlagen vorbelastet. Es sei somit festzustellen, dass dem beabsichtigten Vorhaben an den vorgesehenen Standorten „auch insgesamt öffentliche Belange“ nicht entgegenstünden. Gründe für die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens durch die Antragstellerin seien daher nicht gegeben. Es könne nicht hingenommen werden, dass dem Beigeladenen trotz bauplanungsrechtlicher Zulässigkeit der geplanten Vorhaben die Erteilung der Genehmigungen wegen des fehlenden Einvernehmens versagt bleibe. Die Ersetzung des Einvernehmens sei daher erforderlich und angemessen.

Die Antragstellerin erhob gegen die Bescheide über die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens am 24. Februar 2011 Widerspruch und hat am selben Tag die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch das Gericht beantragt.

Zur Begründung ihres Antrags macht die Antragstellerin u.a. geltend: Die Standorte der geplanten drei Anlagen lägen außerhalb ihrer rechtskräftigen Vorrangflächenplanung im Flächennutzungsplan. Die Standorte lägen zudem am Rande der Ersatzfläche „Timpenburg“. Hierbei handele es sich um einen „Ersatzflächenpool“, der u.a. im Zusammenhang mit der Aufstellung des Bebauungsplanes Nr. 98 gebildet worden sei. Zum Ausgleich der mit der Aufstellung des Bebauungsplanes verbundenen Eingriffe in den Naturhaushalt sei es erforderlich gewesen, an anderer Stelle einen naturschutzrechtlichen Ausgleich zu schaffen. Nach dem landschaftspflegerischen Gutachten zum Bebauungsplan Nr. 98 – Ziff. 5.3.3. – sei eine Aufwertung der Ersatzflächen für verschiedene Tierarten wie Wiesenvogel und Rastvogel vorgesehen. Sie habe die Existenz dieser „Ersatzfläche Timpenburg“ im Zuge der Aufstellung und Fortschreibung ihrer Flächennutzungsplanung zum Anlass genommen, bei der Darstellung von Vorrangflächen für Windenergie den Kernbereich dieser „Ersatzfläche“ und einen Schutzabstand von 200 m um diesen Kernbereich herum von der Darstellung der Vorrangflächen auszunehmen. Noch in einem Schreiben vom 22. Oktober 2007 habe der Antragsgegner gegenüber dem Vorhabenträger erklärt, ein Abstand von 200 m zum Ersatzflächenpool „Timpenburg“ sei einzuhalten. Einen „Regelausnahmefall“ im Sinne des § 35 BauGB habe der Antragsgegner aufgrund der besonderen Situation (Vorhandensein einer Kompensationsfläche mit einer 200-m-Schutzzone) verneint. Diese Auffassung habe der Antragsgegner nunmehr „revidiert“. Der rechtliche Ansatz des Antragsgegners sei „falsch“. Die streitigen Vorhaben könnten nicht im Wege der Ausnahmeerteilung zugelassen werden. Würde der Antragsgegner die geplanten Anlagen genehmigen, dann wären die Grundzüge der Planung berührt und ihre Flächennutzungsplanung insgesamt rechtswidrig und unwirksam. Die „Ersatzfläche Timpen-

burg“ mit einem Schutzabstand von 200 m sei von ihr parzellenscharf erstmalig in die Flächennutzungsplanung der 25. Änderungsfassung übernommen worden. Umstände in Bezug auf die räumliche Zuordnung, die heute bei näherer Betrachtung anderer Bewertung zugeführt werden müssten, seien nicht ersichtlich. Hinzu komme, dass auf der Grundlage der 25. und 41. Änderung der Flächennutzungsplanung mit dem Bebauungsplan Nr. 109 V das gesamte Gebiet noch einmal erneut planerisch bewertet worden sei und nunmehr die Plangebietsgrenzen „parzellenscharf“ festgelegt worden seien. Die Annahme einer irgendwie gearteten Unschärfe verbiete sich demnach. Das in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB genannte Regel-Ausnahme-Prinzip fordere einen atypischen Sachverhalt und werde begrenzt durch den Umstand, dass die Grundzüge der Planung nicht berührt sein dürften. Dies sei vorliegend jedoch der Fall, weil der Schutzgürtel von 200 m ein „Grundzug der Planung“ sei. Gründe, die es rechtfertigen könnten, hiervon abzuweichen, lägen nicht vor. Der Schutzgürtel diene in erster Linie dem Schutz der Avifauna. Trotz der zweifellos vorhandenen Beeinträchtigungen habe sich innerhalb der Schutzfläche „Timpenburg“ ein nennenswerter avifaunistischer Bestand entwickelt. Die Annahme des Antragsgegners in den angefochtenen Bescheiden, durch das Hinzutreten von drei weiteren Windenergieanlagen werde der avifaunistische Bestand „nicht mehr wesentlich zusätzlich beeinträchtigt“, sei letztlich eine Bestätigung ihrer Planungsansätze, weil es entscheidend darum gehe, nicht nur eine wesentliche Beeinträchtigung auszuschließen. Gegenstand der Schutzzone sei es, jede Beeinträchtigung – auch unterhalb der Schwelle der Wesentlichkeit – auszuschließen. Der Biotopwert werde zudem nicht nur geringfügig, sondern erheblich eingeschränkt. Denn nach dem landschaftspflegerischen Begleitplan zum Bebauungsplan Nr. 98 sei durch Extensivierungsmaßnahmen und die Anlage wechselfeuchter Bereiche ein Biotop entstanden, das eine artenreiche Avifauna aufweise. Das Hinzutreten weiterer Windenergieanlagen im Abstandsbereich und zudem deutlich näher an der Kernzone gelegen als die östlichen Anlagen in der Samtgemeinde Hage würde den Biotopwert erheblich einschränken. Soweit der Antragsgegner ihr „planerische Inkonzernanz“ vorhalte, sei dieser Vorwurf auf der Ebene des Regel-Ausnahme-Prinzips nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB irrelevant. Planerische Inkonzernanz könne die Unwirksamkeit der Flächennutzungsplanung insgesamt begründen, keineswegs allerdings die Anwendung des Regel-Ausnahme-Prinzips. Zudem sei der Vorwurf der „planerischen Inkonzernanz“ unberechtigt. Im Bebauungsplan Nr. 109 V seien einzelne Anlagenstandorte für Windenergieanlagen festgelegt worden. Diese hielten zu der „Ersatzfläche“ einen Abstand von mindestens 200 m. Die Unterschreitung von Schutzabständen durch den Bebauungsplan Nr. 116 und die 38. (nicht 35.) Änderung des Flächennutzungsplanes sei in der besonderen Schutzfunktion der Kompensationsfläche „westlich des Marschweges“ begründet.

Während die Kompensationsfläche „Timpenburg“ der Verbesserung der Lebensbedingungen für „Brut- und Rastvögel“ und Amphibien diene, sei das Schutzziel der Kompensationsfläche „westlich Marschweg“ auf Verbesserung der Lebensbedingungen für Brutvögel beschränkt. In Abstimmung mit der Unteren Naturschutzbehörde sei deshalb westlich des Marschwegs auf Schutzabstände verzichtet worden. Zwar sei es zutreffend, dass die Flächennutzungsplanung der Samtgemeinde Hage mit der Vorrangflächenplanung für Windenergieanlagen in „schutzabstandsunterschreitender Weise“ an die Ersatzfläche „Timpenburg“ heranrage. Allerdings lägen die ohne ihre Beteiligung vom Antragsgegner genehmigten Anlagen am Rand der Abstandsfläche bzw. bei genauer Messung außerhalb des 200-m-Bereichs. Schließlich sei ihrem Antrag auch wegen eines „Begründungsmangels“ stattzugeben. Die vom Antragsgegner für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit angegebenen Begründungspunkte seien weitgehend „austauschbar“ (Dauer des Verfahrens, rückläufige EEG-Vergütung). Für die Dauer des Verfahrens sei der Vorhabenträger bzw. der Antragsgegner selbst verantwortlich; schließlich habe er noch mit Schreiben vom 22. August 2007 die Rechtsauffassung vertreten, dass den Vorhaben die Vorrangflächenendarstellung entgegenstehen würde. Auch könne der Beigeladene nicht mit einem „schlanken Verfahren“ rechnen, wenn er sich ausgerechnet planerisch vorbelastete Standorte für die Realisierung seiner Vorhaben aussuche. Das Regel-Ausnahme-Prinzip könne eindeutig nicht für die Genehmigungsfähigkeit der Vorhaben herangezogen werden.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 24. Februar 2011 gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 26. Januar 2011 über die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens in Bezug auf die Genehmigung zur Errichtung und den Betrieb von insgesamt drei Windenergieanlagen wiederherzustellen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er macht geltend:

Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens sei rechtmäßig erfolgt. Eine Ausnahme von der regelmäßigen Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sei aufgrund atypischer Umstände vorliegend gegeben. Die Einschätzung der Antragstellerin gehe fehl, soweit sie ausführe, dass die Ergebnisse der 41. Änderung des Flächennutzungsplans nur im Zusammenhang mit den Festsetzungen des B-Planes Nr. 109 V zu bewerten seien. Der Gesetzgeber habe den Darstellungen des Flächennutzungsplanes im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nach ihrem materiell-rechtlichen Inhalt und ihrem Regelungsanspruch Rechtswirkungen beigelegt, die der Bindungskraft eines Bebauungsplanes gleichkämen. Zur Erlangung von Rechtswirkungen sei somit keine Ausformung durch einen Bebauungsplan erforderlich. Im Falle der Aufhebung des Bebauungsplans Nr. 109 V - aus welchen Gründen auch immer - würde dies keine Auswirkungen auf die Rechtswirkungen der Konzentrationszonendarstellung des Flächennutzungsplanes haben. Im Avifaunistischen Fachbeitrag zu Windparkplanungen in der Ostermarsch seien für den gesamten Bereich lediglich zwei Brutpaare (1x Kiebitz, 1x Wiesenspieper) verzeichnet. Dies spreche entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht dafür, dass sich hier ein nennenswerter avifaunistischer Bestand entwickelt habe oder diese Fläche eine entsprechende Attraktivität oder Erreichbarkeit für Wiesenvögel habe. Die zwischenzeitliche Entwicklung „rings um die Fläche herum“ konterkariere die ihr ursprünglich zugedachte Bestimmung für den Wiesenvogelschutz weitgehend. Folge man der Ansicht des Beigeladenen, dass kein Anwendungsfall des Regel-Ausnahme-Prinzips gegeben sei, sondern eine rechtswidrige und unwirksame Flächennutzungsplanung vorliege, würde dies ebenfalls zur Zulässigkeit des Vorhabens und damit zur Rechtmäßigkeit der Einvernehmensersetzung führen. Im Übrigen bestätige auch die Stellungnahme der Planungsgesellschaft NWP mit dem Stand vom 16. April 2011, dass die Ziele der Ausgleichsfläche nicht erreicht worden seien. Da die Ausgleichsflächen als Flächen für den Wiesenvogelschutz eingerichtet worden seien, seien die in der Stellungnahme aufgeführten Fledermause irrelevant. Aber auch hier würden die ermittelten Ergebnisse der „Fledermauskartierung Norden“ (Planungsgruppe Grün, 2008) zeigen, dass die Ausgleichs- und Pufferflächen keine sonderliche Bedeutung besitzen würden.

Der Beigeladene beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung seines Abweisungsantrages trägt der Beigeladene im Wesentlichen vor: Die „Kompensationsflächen“ seien in der Örtlichkeit nicht als solche erkennbar. Naturschutzfachlich hätten sich auf diesen Flächen keinerlei Wertigkeiten eingestellt, die über die der Nachbarflächen hinausgingen. Gemäß dem „Avifaunistischen Fachbeitrag zur Windparkplanung in der Ostermarsch“ seien in dem fraglichen Bereich nicht einmal Einzeltiere oder auch nur ein „kleiner Bestand“ von Rastvögeln kartiert worden. Selbst die Planungsgesellschaft NWP habe in ihrer Stellungnahme vom 16. April 2011 formuliert, dass „im Verhältnis der übrigen Teilflächen des Untersuchungsgebietes... das Ergebnis durchschnittlich“ sei. Für die „Kompensationsflächen“ selbst und ihre unmittelbaren Umgebung sei dies noch nicht einmal richtig. Es sei kein einziger Rastvogel auf den Ausgleichsflächen selbst kartiert worden, auf den unmittelbaren Nachbarflächen nördlich, südlich und westlich ebenfalls nicht. Die Brutvogelzählergebnisse seien zum einen weit unterdurchschnittlich, zum anderen und vor allem aber hätten sie sich ebenfalls nicht auf den Kompensationsflächen ergeben. Die Fledermauszählergebnisse resultierten aus dem Vorhandensein des Wischerschlootes und dem südlich der Kompensationsflächen von der Antragstellerin neben dem Holzschredder betriebenen Lager. Sie hätten nichts mit den „Kompensationsflächen“ zu tun. Das „Fazit“ von NWP, „in den“ Ausgleichsflächen bei Timpenburg sei für Brut- und Gastvögel eine lokale bis regionale Bedeutung festgestellt worden, sei also nachweislich „falsch“. Eine korrekte Bewertung hätte mit dem Fazit schließen müssen, dass die Kompensationsflächen sich überhaupt nicht nach den Entwicklungszielen hätten entwickeln können, der Wert für Arten und Lebensgemeinschaften sehr gering, für Rastvögel überhaupt nicht vorhanden und für Brutvögel weit unterdurchschnittlich selbst im Vergleich der Teilflächen innerhalb des großen Windparks sei. Soweit NWP am Ende des Fazits noch auf die Fledermausaktivitäten auf den antragsgegenständlichen Grundstücken verweise, habe dies mit der Frage der fehlenden Bedeutung und fehlenden Funktion der Kompensationsflächen nichts zu tun. Selbstverständlich sei der naturschutzfachliche Eingriff durch die Vorhaben zu kompensieren. Festzuhalten bleibe jedenfalls, dass sich naturschutzfachliche Wertigkeiten nicht eingestellt hätten.

Wenn man die Wirksamkeit der 25. und 41. Flächennutzungsplanänderung der Antragstellerin unterstelle, läge jedenfalls ein Fall der Ausnahme von der Regel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vor. Die Antragstellerin irre, wenn sie ausführe, dass es einen Anwendungsfall für die Ausnahmeregelung „eigentlich“ nicht gebe. Beispiele aus der Rechtsprechung würden die Annahme der Antragstellerin widerlegen. Gemessen an den Voraussetzungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB liege jedenfalls seit der Inkraftsetzung der 41.

Flächennutzungsplanänderung der Antragstellerin für alle antragsgegenständlichen Standorte ein Ausnahmefall vor. Denn bereits im Jahre 2002 - dem Jahr der Inkraftsetzung der 41. Flächennutzungsplanänderung - habe sich die Situation geändert und sei der mit der 25. Flächennutzungsplanänderung noch vorgesehene Schutzabstand im Osten verlorengegangen. Die Antragstellerin selbst habe mit Erlass der 41. Flächennutzungsplanänderung keine Veranlassung mehr gesehen, noch einen Schutzabstand (Puffer) zu den „Kompensationsflächen“ beizubehalten. Sie habe diesen vielmehr vollständig aufgegeben und habe die „Sonderbauflächen Windenergiepark“ nunmehr bis an die südliche Grenze der „Kompensationsflächen“ geplant. Seit geraumer Zeit betreibe die Antragstellerin auf der unmittelbar südlich an die „Kompensationsflächen“ angrenzenden Flächen einen Platz, auf dem sie Industrie- bzw. Rundhölzer lagere. Die Notwendigkeit einer planerischen Absicherung dieses seit Jahren stattfindenden Betriebes habe die Antragstellerin erst erkannt, nachdem sie durch den Antragsgegner und wohl dessen Untere Naturschutzbehörde auf den Umstand aufmerksam gemacht worden sei, dass die gut durchlüfteten Stapel trocknender Rundhölzer von einer großen Zahl von Fledermäusen als Schlafquartier genutzt werden würden. Dieses Holzlager wirke „offenbar wie ein Magnet auf die Fledermäuse“ und erkläre die Fledermauskartierungsergebnisse auf diesem Grundstück und entlang des Wischerschlootes und des Marscher Tiefes. Die Antragstellerin habe offenbar im Jahre 2008 das Verfahren zur 69. Änderung der Flächennutzungsplanung eingeleitet. Gemäß der Berichterstattung in der Zeitung „Ostfriesischer Kurier“ vom 17. April 2008 wolle die Antragstellerin u. a. die Kompensationsflächen „vollständig“ als Sondergebiet für Windenergieanlagen überplanen. Schließlich spräche Einiges für die Unwirksamkeit der 25. und 41. Flächennutzungsplanänderung, weil die Antragstellerin bei ihren Planungen von falschen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen sei und die Planungsentscheidungen mithin ein erhebliches Abwägungsdefizit aufweisen würden.

II.

1. Der nach § 80 Abs. 5 VwGO zu beurteilende Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist zulässig und begründet.

Prozessualer Prüfungsmaßstab ist § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Die im Rahmen dieses Antrags vorzunehmende Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Antragsgegners

und des Beigeladenen, das versagte Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB zu ersetzen und dem Interesse der Antragstellerin, von der Vollziehung der angegriffenen Bescheide vom 26. Januar 2011 einstweilen, d.h. bis zur rechtskräftigen Bescheidung des dagegen erhobenen Widerspruchs verschont zu bleiben, geht zugunsten der Antragstellerin aus. Bei der im vorliegenden Verfahren gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage erweisen sich die Ersetzungsentscheidungen des Antragsgegners als rechtswidrig, mit der Folge, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 24. Februar 2011 durch die Kammer wiederherzustellen war.

Die angegriffenen Bescheide des Antragsgegners vom 26. Januar 2011 über die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB sind in formeller Hinsicht rechtmäßig, erweisen sich in materieller Hinsicht jedoch als rechtswidrig. Die Antragstellerin wird dadurch in ihren Rechten verletzt, dass der Antragsgegner das gemeindliche Einvernehmen unter Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ersetzt hat. Die Voraussetzungen für die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens liegen nicht vor; der Antragsgegner ist bei seinen Ersetzungsentscheidungen mit hinreichender Sicherheit von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgegangen, mit der Folge, dass auch eine ermessensfehlerfreie Entscheidung nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB nicht vorliegt. Die 25. und 41. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin sind aller Voraussicht nach nicht wirksam, so dass es auf die Frage, ob vorliegend Umstände gegeben sind, die eine Ausnahme von der Regel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB begründen und deshalb eine Zulassung der streitigen drei Anlagen ermöglichen könnten, nicht entscheidungserheblich ankommt. Im Ergebnis war die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen, weil der Antragsgegner bei seinen Ermessensentscheidungen die Belange des Fledermausschutzes außer Acht gelassen hat.

Gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB wird über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Das Einvernehmen der Gemeinde ist nach Abs. 1 Satz 2 der genannten Norm auch dann erforderlich, wenn in einem anderen Verfahren - wie hier in einem immissionsschutzrechtlichen Verfahren - über die Zulässigkeit nach den in Satz 1 bezeichneten Vorschriften entschieden wird. Die Mitwirkung der Gemeinde dient dabei der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit. Die Gemeinde soll als sachnahe und fachkundige Behörde dort, wo sie noch nicht geplant hat oder dann, wenn ein Vorhaben von ihrer Planung abweicht, im Genehmigungs- bzw. Vorbescheids-

verfahren an der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens mitentscheidend beteiligt werden. Darüber hinaus soll sie in den Fällen, in denen ein nach den in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB genannten Vorschriften zulässiges Vorhaben ihren planerischen Vorstellungen nicht entspricht, von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen können, durch Aufstellung eines Bebauungsplanes die planungsrechtlichen Grundlagen für die Zulässigkeit des Vorhabens zu ändern und plansichernde Instrumente einzusetzen (BVerwG, Urteil vom 19. August 2004 - 4 C 16.03 -, BVerwGE 121, 339 und Urteil vom 16. September 2004 - 4 C 7/03 -, BVerwGE 122, 13). Es ist allgemein anerkannt, dass auch die (Bau-)Vorabfrage dieser Norm unterfällt, soweit sie - wie hier - die Entscheidung über die Zulässigkeit nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB zum Gegenstand hat. Eine ohne wirksames Einvernehmen erteilte Genehmigung ist auf den Rechtsbehelf der Gemeinde aufzuheben, ohne dass es darauf ankommt, ob die Gemeinde ihr Einvernehmen verweigern durfte und ob ein Anspruch des Bauherrn auf Erteilung der Genehmigung bestand (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. August 2008 - 4 B 25/08 -, NVwZ 2008, 1347). Dies folgt daraus, dass der Bundesgesetzgeber mit der Einvernehmensregelung erreichen wollte, dass die Gemeinde sich mit ihren Vorstellungen auch gegenüber einem etwaigen Rechtsanspruch des Bauherrn bzw. Vorhabenträgers durchsetzt. Er hat der Gemeinde in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB deshalb eine Art Mitentscheidungsbefugnis im Genehmigungsverfahren für die Fälle eingeräumt, in denen sie nicht selbst Genehmigungsbehörde ist. Nach dem gesetzgeberischen Willen soll sich bei unterschiedlichen Auffassungen über die planungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens die negative Stellungnahme der Gemeinde gegenüber der positiven Auffassung der Genehmigungsbehörde im Verwaltungsverfahren grundsätzlich durchsetzen. Allein die Verletzung des Mitwirkungsrechts der Gemeinde führt daher zur Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage. Gleiches gilt, wenn - wie hier - zwar die Gemeinde zunächst beteiligt und das Einvernehmen nach Verweigerung durch die nach Landesrecht zuständige Behörde ersetzt wurde, diese Ersetzung aber gerade die Planungshoheit der Gemeinde verletzt und daher auf deren Rechtsbehelf aufzuheben ist. Dies folgt daraus, dass die Interessenlage der Antragstellerin hinsichtlich ihrer zu schützenden Planungshoheit in beiden Fällen vergleichbar ist. Müsste die Gemeinde die Verwirklichung eines solchen Vorhabens hinnehmen, bei dem ihr Einvernehmen rechtswidrig ersetzt wurde, würde ihre Planungshoheit in gleicher Weise durch rechtswidriges Verhalten der ersetzenden Behörde unterlaufen wie in den Fällen, in denen die zuständige Behörde entweder zu Unrecht davon ausgeht, dass ein Einvernehmen nicht erforderlich ist oder sich über ein versagtes Einvernehmen einfach hinwegsetzt (vgl. zum Vorstehenden: Nds. OVG, Urteil vom 23. Juni 2009 - 12 LC 136/07 -, NVwZ-RR 2009, 866 ff.; zit. n. juris, RdNr. 34 m.w.N.).

Die nach Landesrecht zuständige Behörde ist jedoch nicht verpflichtet, in jedem Fall einer rechtswidrigen Versagung des Einvernehmens die Ersetzung anzuordnen. § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB erfordert eine Ermessensausübung (Nds. OVG, a.a.O., juris, Rdnr. 40 bis 50 m.z.N.).

Die Zulassungsvoraussetzungen - hier des § 35 BauGB - dienen demnach auch dem Schutz der Gemeinde, auf deren Gebiet das Vorhaben verwirklicht werden soll. Das ergibt sich unmittelbar aus § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Die Vorschrift dient dem Schutz der gemeindlichen Planungshoheit. Die Gemeinde darf ihr Einvernehmen nur aus den sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen versagen (§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Das bedeutet, dass die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen sind. Das Recht der Gemeinde, ihr Einvernehmen zu einem Außenbereichsvorhaben zu verweigern, ist dabei nicht mit der Obliegenheit verbunden, die Entscheidung zu begründen. Der Bestimmung des § 36 BauGB kann deshalb nicht entnommen werden, dass in den Fällen, in denen - wie hier - das Einvernehmen rechtzeitig verweigert wurde, die Gemeinde mit Gründen, die sie bei ihrer Verweigerung nicht angeführt hat, in einem späteren Rechtsbehelfsverfahren präkludiert ist (BVerwG, Urteil vom 20. Mai 2010 - 4 C 7/09 -, NVwZ 2010, 1561 ff., zit. n. juris Rdnr. 34 m.w.N.). Liegt demnach ein Versagungsgrund im Sinne des § 35 BauGB vor, der sich nach den Grundsätzen der nachvollziehenden Abwägung gegenüber einem im Außenbereich privilegierten Vorhaben wie einer Windenergieanlage durchsetzt, erweist sich die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens als rechtswidrig und ist die Widerspruchsbehörde zur Aufhebung verpflichtet (BVerwG, Urteil vom 1. Juli 2010 - 4 C 4/08 -, NVwZ 2011, 61 ff., zit. n. juris Rdnr. 32). So liegt es hier.

a) Geht man mit den Beteiligten davon aus, dass der Beurteilung des vorliegenden Falles eine wirksame Flächennutzungsplanung der Antragstellerin zugrunde liegt, so ist die Ermessensentscheidung des Antragsgegners nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB fehlerhaft, weil er bei der Frage, ob ein Ausnahmefall nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorliegt, das festgestellte Fledermausvorkommen im Bereich der geplanten drei Standorte als Belang des Naturschutzes nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB einer nachvollziehenden Abwägung auf der Tatbestandsseite nicht unterzogen hat und es sich insoweit - im Hinblick auf das Fledermausvorkommen - um einen Ermessenausfall handelt, der zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin führt. Hierbei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

Die streitigen Vorhaben des Beigeladenen sind gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässig. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht es der Gemeinde aber, im Flächennutzungsplan Bereiche darzustellen, die für die Nutzung der Windenergie zur Verfügung gestellt werden, mit der Folge, dass öffentliche Belange u.a. einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 5 BauGB im übrigen Bereich der Gemeinde in der Regel entgegenstehen. Dies hat die Antragstellerin mit Erlass der 25. und 41. Änderung des Flächennutzungsplanes in den Jahren 1998 und 2002 beabsichtigt. Die drei geplanten Windkraftanlagen des Beigeladenen sollen außerhalb der sog. „Konzentrationszonen“ errichtet werden. Die Darstellung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB richtet aber kein absolutes Zulassungshindernis auf. Vielmehr tritt die Ausschlusswirkung nur „in der Regel“ ein. In Ausnahmefällen kommt eine Zulassung auch im sonstigen Außenbereich in Betracht. Die „Regel“-Formulierung ermöglicht eine Feindifferenzierung, für die das Abwägungsmodell auf der Stufe der Flächennutzungsplanung naturgemäß keinen Raum lässt. Sie verlangt, dass unter Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten das private Interesse an der Errichtung einer Windkraftanlage den öffentlichen Belangen der Nutzungskonzentration an anderer Stelle gegenübergestellt wird. Dies läuft, in ähnlicher Weise wie bei § 35 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 BauGB auf eine nachvollziehende Abwägung hinaus, allerdings unter umgekehrten Vorzeichen. Während nämlich der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal „entgegenstehen“ die besondere Bedeutung der Privilegierung hervorhebt, die tendenziell zugunsten des Vorhabens zu Buche schlägt, bringt er mit der Regel-Ausnahme-Formel in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zum Ausdruck, dass außerhalb der Konzentrationsflächen dem Freihaltungsinteresse grundsätzlich der Vorrang gebührt. Diese Wertung darf im Zulassungsverfahren nicht konterkariert werden. Eine Abweichung im Einzelfall ist zwar möglich, sie steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Konzeption, die der Planung zugrunde liegt, als solche nicht in Frage gestellt wird. Das mit der Ausweisung an anderer Stelle verfolgte Steuerungsziel darf nicht unterlaufen werden (vgl. hierzu: Nds. OVG; Urteil vom 15. Mai 2009 - 12 LC 55/07 -, NVwZ-RR 2009, 875 ff, zit. n. juris, Rdnr. 32 m.w.N.).

Nach Auffassung der Kammer kann es für die Beurteilung des vorliegenden Eilverfahrens dahinstehen, ob der Antragsgegner mit den Ausführungen zur Kompensationsfläche „Timpenburg“ die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens rechtmäßig hätte ersetzen können. Zweifelhaft erscheint dies allerdings, soweit der Antragsgegner in beiden angefochtenen Bescheiden vom 26. Januar 2001 ausführt, durch die Errichtung und den Betrieb der drei zusätzlich geplanten Anlagen werde die Erreichbarkeit der Kompensations-

flächen durch Brut- und Rastvögel, die bereits jetzt in den Windpark einfliegen müssten, „nicht wesentlich erschwert“. Die Flächen seien kreisförmig von Windenergieanlagen umgeben, so dass Brut- und Rastvögel bereits jetzt in den Windpark einfliegen müssten, um die Kompensationsflächen zu erreichen. Bereits dieser Bewertung ist nach Auffassung der Kammer nicht ohne Weiteres zu folgen.

Der Anlage B4 (überreicht durch Schriftsatz des Beigeladenen vom 29. April 2011) sind - darin ist dem Antragsgegner zuzustimmen - zahlreiche bereits errichtete Windenergieanlagen im Umfeld der Kompensationsfläche „Timpenburg“ zu entnehmen. Allerdings ist dem Lageplan mit Druckdatum vom 17. Februar 2010 eine Konzentration der Windenergieanlagen im Westen, Süden, Osten und Nordosten in Form eines sich nach Norden öffnenden Buchstaben „V“ zu entnehmen. Nördlich der Kompensationsfläche „Timpenburg“ sind (lediglich) vier Windkraftanlagen (W01 bis W04) in West-Ost-Richtung verzeichnet, die bei Weitem nicht die Anzahl und Errichtungsdichte der in den anderen genannten Himmelsrichtungen errichteten Windenergieanlagen aufweisen. Die drei nunmehr geplanten Windkraftanlagen - in der Anlage B4 mit W43 bis W45 gekennzeichnet - würden unmittelbar nördlich der Kompensationsfläche „Timpenburg“ in Position gebracht werden und würden demnach eine nahe Sperrwirkung gegenüber der Kompensationsfläche bewirken. Jedenfalls kann dem Antragsgegner nicht darin gefolgt werden, dass die Flächen in gleicher Intensität kreisförmig von Windenergieanlagen umgeben sind. Zweifel sind daher an einer zutreffenden nachvollziehenden Abwägung durch den Antragsgegner im Hinblick auf den Vogelschutz angebracht. Letztlich kann die Frage insoweit dahingestellt bleiben, da der Antragsgegner in seinen Ersetzungsentscheidungen das Fledermausvorkommen an den geplanten Standorten völlig ausgeblendet und seiner Ermessensausübung nicht zugrunde gelegt hat.

In der Fledermauskartierung Norden vom 17. Oktober 2008 der Planungsgruppe Grün haben die Horchkistenstandorte 9, 10 und 11 (die Standorte der geplanten drei Anlagen) eine hohe (Horchkistenstandorte 10 und 11) bzw. mittlere (Horchkistenstandort 9) Bedeutung (zumindest zeitweise) im Sinne einer hohen bzw. mittleren Jagdaktivität der Breitflügel-Fledermaus und/oder des Großen Abendseglers (S. 22 der Fledermauskartierung; Beilakte H Fach 14). In jüngerer Zeit mehrten sich in Deutschland, Österreich und den USA Ergebnisse, wonach Fledermäuse - insbesondere ziehende Tiere - an einigen Windparks in beträchtlichen Zahlen verunglückten. Die Ergebnisse von Kollisionsuntersuchungen an einzelnen Windparks seien jedoch nicht verallgemeinerbar und pauschal auf andere Standorte zu übertragen. Die Konfliktbeurteilung müsse daher immer einzelfallbezogen

sein (S. 25 der Kartierung). Im Hochsommer (Ende Juni bis Ende Juli) erreiche der Abendsegler u.a. auf den Horchkisten 9, 10 und 11 erhöhte bis sehr hohe Zahlen. Da die Literatur Schlag für diese Art besonders auch schon im Juli beschreibe, sei hier von einem erhöhten Kollisionsrisiko auszugehen (S. 30 der Kartierung). Ende August/Anfang September erreiche der Abendsegler nochmals zweistellige Werte am Horchkistenstandort 10, so dass zumindest eine potentielle Gefährdung zum Herbstzug nicht ausgeschlossen werden könne. Aus den Untersuchungen und den vorstehenden Ausführungen (in der Kartierung: Hinzufügung durch die Kammer) werde deutlich, dass Beeinträchtigungen durch Fledermausschlag in den Sommermonaten sowie im Herbst insbesondere für den Abendsegler nicht ausgeschlossen seien. Dies betreffe vorrangig u.a. die neu geplanten Standorte 9, 10 und 11 (S. 32 der Kartierung). Gemäß dem Vermeidungsgebot der Eingriffsregelung und aus Gründen des Artenschutzes seien begleitende Maßnahmen vorzuschlagen, um das Risiko des Fledermausschlages für ziehende Arten zu reduzieren. Hierfür ergäben sich insbesondere zwei Möglichkeiten, die für die genannten Standorte in Betracht zu ziehen seien (S. 32). Von einer Scheuch- und Barrierewirkung könne nach derzeitigem Wissensstand (überwiegende Mehrheit der zugänglichen Daten) in keinem Fall ausgegangen werden, die als erheblich im Sinne der Eingriffsregelung zu betrachten wären. Zwingende erforderliche Maßnahmen seien daher nicht ableitbar, auch seien unter diesem Aspekt keine artenschutzrechtlichen Probleme erkennbar (S. 33).

Hienach wird nach Auffassung der Kammer hinreichend deutlich, dass der Antragsgegner bei seinen Ersetzungsentscheidungen vom 26. Januar 2011 zumindest das Kollisionsrisiko an den geplanten Standorten - den Horchkistenstandorten 9, 10 und 11 - in rechtlich unzulässiger Weise ausgeblendet und seiner Ermessensentscheidung nicht zugrunde gelegt hat. Dies führt zur Rechtswidrigkeit der Ersetzungsentscheidungen.

Allerdings verkennt die Kammer nicht, dass die artenschutzrechtliche Problematik im Genehmigungsverfahren überwunden werden kann. Der zuständigen Behörde kommt insoweit eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, so dass zu befürchtende Schlagopfer unter Fledermäusen kein unausräumbares Hindernis für die Erteilung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen darstellen (vgl. hierzu: Nds. OVG, Beschluss vom 18. April 2011 - 12 ME 274/10 -, zit. n. juris; s. aber auch: VG Halle, Urteil vom 23. November 2010 - 4 A 34/10 -, zit. n. juris). Vorliegend geht es allerdings nicht um die Erteilung einer Genehmigung oder eines Vorbescheides nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz, sondern um die Frage, ob der Antragsgegner das gemeindliche Einvernehmen in rechtlich nicht zu

beanstandender Weise ersetzt hat. Das ist nicht der Fall, weil sich der Antragsgegner zum einen mit der artenschutzrechtlichen Problematik in seinen Ersetzungsentscheidungen nicht befasst hat und Fledermausschutz zum anderen unabhängig davon, ob die spezifischen Verbotstatbestände des Artenschutzes erfüllt sind, auch in seinen europarechtlichen Ausprägungen als Artenschutz in der Form des Schutzes von Lebensraum und Lebensbedingungen der Tiere vor erheblichen Beeinträchtigungen über § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB zum Tragen kommen kann. Im Rahmen der Prüfung nach dieser Vorschrift ist - wie oben dargelegt - eine nachvollziehende Abwägung geboten, bei der die Schutzwürdigkeit der betroffenen Art und des jeweiligen Lebensraumes sowie die Intensität und Auswirkungen des Eingriffs dem Interesse an der Realisierung des privilegierten Vorhabens gegenüberzustellen sind (vgl. Nds. OVG, Urteil vom 12. November 2008 - 12 LC 72/07 -, zit. n. juris, Rdnr. 87 m.w.N.). Auch insoweit ist den Bescheiden des Antragsgegners keine Auseinsetzung mit dem Fledermausschutz zu entnehmen.

Die Ersetzung des fehlenden Einvernehmens beruht damit auf einem unvollständig ermittelten Sachverhalt, indem der Antragsgegner das gemeindliche Einvernehmen ersetzt hat, ohne zu klären, ob den Vorhaben das Fledermausvorkommen artenschutzrechtlich über die Normen des Bundesnaturschutzgesetzes (§§ 44 ff BNatSchG) oder planungsrechtlich nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegensteht. Insoweit hat der Antragsgegner in den angefochtenen Bescheiden von dem ihm im Rahmen der Einvernehmensersetzung nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB zustehenden Ermessen in fehlerhafter Weise Gebrauch gemacht.

Im Übrigen fehlt es zur Überzeugung der Kammer an einzelfallorientierten, die jeweiligen Standorte berücksichtigenden Ermessensentscheidungen. Der Antragsgegner hat das Ermessen bezüglich seiner Ersetzungsentscheidungen bezüglich aller drei Anlagen in pauschaler Weise getroffen, ohne die unterschiedliche Lage der geplanten Standorte zur Konzentrationszone der 25./41. Änderung des Flächennutzungsplanes bzw. zur Kernzone der Kompensationsfläche Timpenburg zu berücksichtigen.

b) Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch den Antragsgegner ist auch rechtswidrig, wenn - wofür Überwiegendes spricht - die Flächennutzungsplanung der Antragstellerin (25. und 41. Änderung des Flächennutzungsplanes) unwirksam ist. Dann nämlich wäre der Antragsgegner bei den Ersetzungsentscheidungen von einem rechtlich

unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen, der ebenfalls dazu führt, dass der Antragsgegner von dem ihm zustehenden Ermessen in fehlerhafter Weise Gebrauch gemacht hat.

Dann nämlich stünde § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Ersetzungsentscheidung des Antragsgegners nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB nicht entgegen mit der Folge, dass die nachvollziehende Abwägung zwischen der Privilegierung der Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und den möglicherweise entgegenstehenden Belangen nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB dem gesteigerten Durchsetzungsvermögen privilegierter Außenbereichsvorhaben gebührend Rechnung zu tragen hätte. In den Fällen, in denen eine wirksame Darstellung im Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht vorliegt, ist daher die Annahme gerechtfertigt, dass sich die Privilegierung der Windenergie „in der Regel“ gegen entgegenstehende öffentliche Belange durchzusetzen geeignet ist.

Die 25. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin aus dem Jahre 1998 ist offenkundig unwirksam und infiziert auch die 41. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin aus dem Jahre 2002, weil die insoweit von der 25. Änderung entkleidete 41. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin vom Rat der Stadt so nicht in Kraft gesetzt werden sollte. Es fehlt demnach an einem die 41. Änderung des Flächennutzungsplans tragenden Beschluss des Rates der Stadt, unabhängig von der Frage, ob die Antragstellerin (lediglich) mit der 41. Änderung ein gesamtträumliches Planungskonzept im Stadtbereich verwirklicht hätte.

§ 5 Abs. 2 BauGB enthält einen Katalog der Darstellungsmöglichkeiten in einem Flächennutzungsplan. Die Aufzählung ist nicht abschließend, mit der Folge, dass der Flächennutzungsplan daher zur Steuerung der Ansiedelung von Windenergieanlagen das gesamte Arsenal des Planungsrechts nutzen kann. Begrenzt werden die Darstellungsmöglichkeiten allerdings durch § 9 Abs. 1 BauGB. Aussagen, die nicht Gegenstand einer zulässigen Festsetzung in einem Bebauungsplan werden können, sind auch im Flächennutzungsplan unzulässig (Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009, Rdnr. 109 m.w.N.).

Die Darstellung von maximal 25 Windenergieanlagen in der 25. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin fehlt es an der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage

(vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 21. Januar 2011 - 8 C 10850/10 -, juris Rdnr. 27 bis 33 m.w.N., unzulässige Beschränkung der in einem Sondergebiet insgesamt zu errichtenden Windenergieanlage in einem B-Plan). In einer derartigen Beschränkung der Anzahl der zu errichtenden Windenergieanlagen in einem Bebauungsplan kann weder die Festsetzung nach der Art der baulichen Nutzung noch des Maßes der baulichen Nutzung gesehen werden. Die zahlenmäßige Beschränkung der Windenergieanlagen führt zur Unwirksamkeit des Bebauungsplanes - hier des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin - insgesamt. Ein lediglich auf die beanstandete Festsetzung beschränkter Ausspruch der Teilunwirksamkeit der Satzung/des Flächennutzungsplanes kommt danach nicht in Betracht. Dies würde nämlich voraussetzen, dass die verbleibenden Bestimmungen des Planes noch eine sinnvolle städtebauliche Regelung bewirken können und dass mit der gebotenen Sicherheit angenommen werden kann, dass die Antragstellerin einen Flächennutzungsplan dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte. Vorliegend ist jedenfalls das zuletzt genannte Kriterium nicht erfüllt. Da der Festlegung der Anzahl der zulässigen Anlagen im Flächennutzungsplan der Antragstellerin eine zentrale Bedeutung zukommt, kann nicht angenommen werden, dass der Rat der Antragstellerin ohne diese Bestimmung den Bebauungsplan im Übrigen unverändert beschlossen hätte (vgl. hierzu S. 12/13 des Erläuterungsberichts zur 25. Änderung des Flächennutzungsplanes). So liegt es auch im Verhältnis der unwirksamen 25. Änderung der Flächennutzungsplanung aus dem Jahre 1998 zur 41. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin aus dem Jahre 2002. Der Antragstellerin kam es mit der 41. Änderung des Flächennutzungsplanes maßgeblich auf eine Erweiterung der Konzentrationszone im Verhältnis zur 25. Änderung des Flächennutzungsplanes an. Durch Aufkauf einer Hofstelle habe eine weitere Fläche für die Aufstellung von Windenergieanlagen aktiviert werden können, zudem könne dadurch die Konfiguration der Anlagen und die Anzahl verändert werden. Dazu sei für den Erweiterungsbereich - der Bereich um die Hofstelle - eine weitere Änderung des Flächennutzungsplanes erforderlich (S. 1 des Erläuterungsberichtes zur 41. Änderung des Flächennutzungsplanes). Im Übrigen umfasst der Geltungsbereich des Bebauungsplanes Nr. 109 V die Fläche der 25. und 41. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin, so dass die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Rat der Antragstellerin die Darstellung beider Flächen beabsichtigt hat.

Ob die 25. und/oder 41. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragstellerin darüber hinaus an weiteren zur Unwirksamkeit führenden Mängel leidet, kann hiernach dahinstehen. Auch im Falle der Unwirksamkeit der Flächennutzungspläne der Antragstellerin

dürfte es - soweit ersichtlich - neben artenschutzrechtlichen Gesichtspunkten (§§ 44 ff BNatSchG) maßgeblich auf eine nachvollziehende Abwägung in Bezug auf § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 (s. Schriftsatz der Antragstellerin vom 16. Mai 2011, S. 3 unten) und § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB (Vogel- und Fledermausproblematik) ankommen. Eine Prüfung des Antragsgegners unter Berücksichtigung der Annahme einer insgesamt unwirksamen Flächennutzungsplanung der Antragstellerin hat bislang nicht stattgefunden, da der Antragsgegner in seiner Ersetzungsentscheidung von einer wirksamen Flächennutzungsplanung der Antragstellerin ausgegangen ist und § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zugrunde gelegt und atypische Sachverhalte angenommen hat. Folge hiernach ist, dass der Antragsgegner bei einer - bereits im Verfahren zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit hinreichender Sicherheit feststellbaren - Unwirksamkeit der Flächennutzungspläne von einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz - Wirksamkeit der Flächennutzungsplanung der Antragstellerin mit der Folge der Anwendbarkeit des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB - ausgegangen ist, der die Ermessensentscheidungen in den angegriffenen Bescheiden als fehlerhaft erscheinen lässt. Sollte der Antragsgegner weiterhin die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gegenüber der Antragstellerin beabsichtigen, müsste der Antragsgegner die Antragstellerin wegen der veränderten rechtlichen Ausgangslage und ihr zustehender Planungshoheit erneut anhören.

Letztendlich sind - unabhängig von der Frage, ob für das Gebiet der Antragstellerin von einer wirksamen Flächennutzungsplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auszugehen ist - die getroffenen Ermessensentscheidungen des Antragsgegners in den angegriffenen Bescheiden vom 26. Januar 2011 rechtsfehlerhaft, weil der Antragsgegner bei seinen Entscheidungen über die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB die Fledermausproblematik sowohl artenschutzrechtlich als auch bauplanungsrechtlich ausgeblendet hat.

Nach alledem war dem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit der Kostenfolge aus §§ 154 Abs. 1, Abs. 3 und 159 Satz 1 VwGO stattzugeben.

2. Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Angesichts der Bedeutung, die die Antragstellerin der Verhinderung der geplanten drei Vorhaben beimisst, ist es nach Auffassung der Kammer gerechtfertigt, den Streitwert für das Hauptsacheverfahren mit 30.000,- € (10.000,- € pro Anlage) anzu-

setzen. Dieser Wert ist für das Eilverfahren zu halbieren, so dass ein Streitwert in Höhe von 15.000,- € festzusetzen war.

Rechtsmittelbelehrung zu Tenor Nr. 1

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde an das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in Lüneburg statthaft. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieses Beschlusses bei dem

Verwaltungsgericht Oldenburg, Schlossplatz 10, 26122 Oldenburg

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht in Lüneburg schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz (ERVVOJust) vom 3. Juli 2006 (GVBl. S. 247) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem

Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht, Uelzener Straße 40,
21335 Lüneburg oder Postfach 23 71, 21313 Lüneburg,

einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Der Beschwerdeführer muss sich durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, oder eine in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichnete Person oder Organisation als Bevollmächtigten vertreten lassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte im Sinne des § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO vertreten lassen.

Rechtsmittelbelehrung zu Tenor Nr. 2

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde statthaft, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt. Wird der Beschwerdewert nicht erreicht, ist die Beschwerde nur statthaft, wenn sie vom Gericht wegen der grundsätzlichen Bedeu-

tung der zur Entscheidung stehenden Fragen zugelassen wird. Die Nichtzulassung ist unanfechtbar. Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder sich das Verfahren anderweitig erledigt hat, bei dem

Verwaltungsgericht Oldenburg, Schlossplatz 10, 26122 Oldenburg

schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt wird. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Burzynska

Ahrens

Brandt